



DELIBERA N. 406

6 settembre 2022

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Doppia C Impianti di Capacchione Cosimo – Lavori di costruzione della nuova sede del Commissariato di pubblica sicurezza del distaccamento della Polizia stradale e del Reparto prevenzione crimine di San Severo (FG). Parte d'opera: Lotto 1 – Palazzina Uffici – Base d'asta: 3.471.474,78 euro - S.A.: Comune di San Severo

PREC 92/2022/L

Riferimenti normativi

D.lgs. n. 50 del 2016, art. 89

D.lgs. n. 50 del 2016, art. 105

Parole chiave

Avvalimento attestato SOA – Subappalto necessario

Massima

Appalto pubblico – Lavori – Scelta del contraente – Requisiti – Subappalto necessario SIOS - Attestazione SOA – Avvalimento SOA categoria prevalente – Ammissibilità

La vigente normativa in materia di lavori pubblici non osta alla possibilità di supplire alla carenza dell'attestazione SOA nella categoria prevalente tramite avvalimento anche in caso di ricorso al subappalto necessario di opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali (SIOS) a qualificazione obbligatoria.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 6 settembre 2022

Vista l'istanza di parere acquisita al prot. n. 46256 del 15 giugno 2022, nella quale l'operatore economico Doppia C Impianti di Capacchione Cosimo ha contestato la legittimità dell'esclusione dalla gara disposta dal Comune di San Severo per difetto del possesso di attestazione SOA e ha chiesto all'Autorità di esprimere parere al riguardo;

Visto il provvedimento di esclusione, ai sensi del quale l'operatore istante " *non possiede alcuna qualificazione in proprio, sia nella categoria prevalente (OG1) sia in quella scorporabile (OG11)*. Al riguardo, infatti, la ditta



dichiara di volersi avvalere di altra ditta per il 100% della categoria prevalente (OG1) e di voler subappaltare il 100% della categoria scorporabile (OG11)';

Visto quanto eccepito dall'istante circa l'insussistenza di alcuna preclusione di legge a che un operatore raggiunga la qualificazione ricorrendo contestualmente ad avvalimento per la categoria prevalente e al subappalto per la categoria scorporabile. Quanto all'avvalimento, esso è un istituto volto proprio a colmare le carenze dell'impresa concorrente al fine di integrare i requisiti di partecipazione alla gara e i casi in cui esso non è ammesso costituiscono delle eccezioni alla regola generale che, secondo la giurisprudenza, vanno interpretati restrittivamente. Non vi sarebbe pertanto nessuna previsione ostativa alla possibilità di soddisfare il requisito dell'attestazione SOA OG1-IV bis, richiesto ai fini della partecipazione con riferimento alla categoria prevalente, facendo affidamento sulla categoria OG1-VII posseduta dall'ausiliaria. Quanto al subappalto integrale (anche in ottica qualificante) della categoria scorporabile OG11, esso sarebbe consentito dall'art. 12, comma 2, lett. a), d.l. n. 47/2014, che prevede che l'affidatario qualificato nella categoria prevalente può eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera oppure subappaltare le lavorazioni specializzate esclusivamente ad imprese in possesso delle relative qualificazioni, applicabile al caso di specie (secondo la giurisprudenza citata dall'istante) in quanto la categoria OG11 non sarebbe inclusa tra le eccezioni della lettera b) della medesima disposizione;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 21 giugno 2022 con nota prot. n. 49175;

Visto quanto replicato dal Comune di San Severo, con nota acquisita al prot. n. 51265 del 24 giugno 2022, a sostegno della legittimità dell'esclusione. Il provvedimento sarebbe motivato dalla totale carenza dei requisiti minimi di qualificazione. Ad avviso della stazione appaltante, la possibilità, per l'affidatario qualificato nella categoria prevalente di eseguire direttamente tutte le lavorazioni, anche specializzate, di cui si compone l'opera, anche se non è in possesso delle relative qualificazioni, o di subappaltarle ad altre imprese in possesso delle relative qualificazioni, prevista dall'art. 12, comma 2, lett. a), d.l. n. 47/2014, presuppone che l'affidatario sia già in possesso, in proprio, dei requisiti nella categoria prevalente per l'importo totale dei lavori. Ciò escluderebbe che possa fare ricorso all'avvalimento per supplire alla carenza della qualificazione nella categoria prevalente, giacché tale istituto non conferisce, *ex se*, alcuna qualificazione all'operatore ausiliato;

Vista la documentazione in atti e le memorie delle parti;

Visti i requisiti di qualificazione richiesti dalla *lex specialis* di gara (Categoria prevalente: OG1 - Cat. IV Bis – euro 2.684.000,00 - 82,10%; Categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria: OG11 - euro 585.000,00 - 17,90%);

Visti gli articoli 89 e 105 del d.lgs. n. 50/2016;

Considerato l'avvalimento, in quanto istituto introdotto nell'ordinamento nazionale in attuazione di prescrizioni dell'ordinamento UE e volto, secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE, a conseguire l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma anche delle amministrazioni aggiudicatrici (sentenza del 23 dicembre 2009 in causa C-305/08, CoNISMa). Come rilevato dalla Plenaria n. 23/2016, trattandosi di obiettivi generali dell'ordinamento eurounitario (e sulla base di generali canoni ermeneutici di matrice UE), grava sull'operatore nazionale l'obbligo di interpretare le categorie del diritto nazionale in senso ad essi conforme. Riguardo i vincoli e i limiti che i legislatori nazionali possono legittimamente imporre in sede di disciplina positiva dell'istituto dell'avvalimento, è stato affermato che la disciplina eurounitaria non osta in via assoluta a disposizioni di diritto interno volti a limitare - in casi eccezionali - la possibilità per gli operatori di fare ricorso all'istituto dell'avvalimento, ma che, in assenza di siffatte e motivate condizioni eccezionali, l'applicazione dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione osta all'introduzione da parte dei legislatori nazionali di vincoli e limiti alla generale possibilità per gli operatori di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti (in tal senso la



sentenza 7 aprile 2016 in causa C-324/14 –Partner Apelski Dariusz). Sulla scorta di tali principi, dopo un’iniziale cautela manifestata in sede di adozione del d.lgs. n. 163/2006, giustificata dai potenziali rischi connessi ad un uso indistinto e strumentale dell’istituto, l’evoluzione normativa degli anni successivi, anche su impulso della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’UE, ha condotto il legislatore nazionale verso posizioni più in linea con il *favor*, che emerge sia dalla legislazione che dalla giurisprudenza comunitaria, per la generale applicabilità dell’istituto. L’art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, prescrive, come regola generale, la facoltà dell’operatore economico di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale, di cui all’art. 83, comma 1, lett. b) e c), d.lgs. n. 50/2016, necessari per partecipare ad una procedura di gara, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Tenuto conto che per i soggetti esecutori di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro, il possesso di detti requisiti di qualificazione avviene esclusivamente, ai sensi dell’art. 84, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, mediante l’attestazione SOA, come anche recentemente ribadito dalla Plenaria n. 22/2020, la formulazione dell’art. 89, comma 1, conferma l’ammissibilità dell’avvalimento dell’attestazione SOA di cui il concorrente sia privo, in quanto requisito speciale di natura tecnico-organizzativa. Il solo limite previsto dal legislatore nazionale incidente specificatamente sull’ambito oggettivo di applicazione dell’istituto dell’avvalimento negli appalti di lavori è quello del comma 11 dell’art. 89, ai sensi del quale un offerente non può avvalersi delle capacità di altri soggetti al fine di dimostrare i requisiti di partecipazione ad una procedura di affidamento pubblica quando l’appalto comprenda opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, cosiddette “SIOS” (attualmente individuate dal d.m. n. 248/2016). Con riferimento a tale disposizione, la Commissione europea, nell’ambito della procedura di infrazione n. 2018/2273, ha ritenuto che sia sproporzionata, perché, invece di proibire l’avvalimento in relazione alle opere SIOS comprese nell’appalto, essa proibisce l’avvalimento in relazione all’intero appalto. In tal modo, la disposizione va oltre quanto disposto dall’art. 63, paragrafi 1 e 2, dir. 2014/24/UE, il quale stabilisce norme in materia di avvalimento e prevede che le stazioni appaltanti possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall’offerente. La possibilità che la norma possa essere interpretata nel senso sopra detto, incompatibile con il diritto euro-unitario, ha indotto la Commissione a ritenere che l’art. 89, comma 11, violi l’art. 63, paragrafi 1 e 2, dir. 2014/24/UE. Sulla base di tali conclusioni, le Autorità italiane si sono impegnate a chiarire che l’art. 89, comma 11, va interpretato considerando il divieto di avvalimento come circoscritto esclusivamente agli specifici lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica compresi nell’appalto, senza coinvolgere, pertanto, il resto delle prestazioni oggetto dell’appalto medesimo (Cfr. Atto di segnalazione n. 3 del 28 luglio 2021);

Considerato che, nel caso in esame, l’istante, in possesso in proprio di attestazione SOA OS30 (come desumibile da CCIAA), ha partecipato facendo ricorso all’avvalimento ai fini dell’integrazione del possesso del requisito della SOA OG1 nella categoria prevalente e ha dichiarato di subappaltare integralmente i lavori nella categoria specialistica OG 11, SIOS e scorporabile “a qualificazione obbligatoria” ai sensi dell’art. 12, comma 2, lett. b), d.l. n. 47/2014;

Considerato che, per ciò che concerne il subappalto delle opere SIOS (a qualificazione obbligatoria) cui sono riconducibili quelle rientranti nella categoria OG11, esso è consentito dall’art. 12, comma 2, lett. b), d.l. n. 74/2014, il quale, esclusa la possibilità che dette opere siano eseguite direttamente dall’affidatario qualificato nella categoria prevalente, ammette che siano subappaltate ad imprese in possesso delle relative qualificazioni. La norma, tutt’ora vigente, volta ad assicurare alla stazione appaltante che l’esecuzione di tali opere sia effettuata da un operatore economico qualificato, consente dunque il subappalto cosiddetto “necessario” - in quanto indispensabile ai fini dell’integrazione del possesso dei requisiti di partecipazione da parte del concorrente - che, sebbene non sia previsto dal d.lgs. n. 50/2016, è ritenuto dalla giurisprudenza pacificamente praticabile anche nella vigenza dell’attuale Codice, in quanto non impedito dalle norme concernenti il possesso dei requisiti da parte degli esecutori dei lavori pubblici (Cfr., Consiglio di Stato, V, n. 1308/2021; V, n. 5745/2019; V, n. 3504/2020; V, n. 5030/2020). Quanto all’estensione di tale subappalto, il



comma 5 dell'art. 105, che poneva il limite massimo del 30% al subappalto delle opere SIOS, è stato abrogato a decorrere dal 1° novembre 2021 dall'art. 49, comma 2, lett. b), d.l. n. 77/2021 (in esito alle censure sollevate dalla Commissione nell'ambito della richiamata procedura di infrazione n. 2273/2018). Attualmente «*La disciplina novellata pone la regola, conforme alla normativa ed alla giurisprudenza sovranazionali, della mancanza di limiti al subappalto, per ogni tipologia di appalto, salva diversa indicazione (...) previa adeguata motivazione nella determina a contrarre ...*» (Consiglio di Stato, V, n. 689/2022);

Ritenuto, sulla base di quanto sin qui considerato, che non sia dubitabile la conformità al vigente assetto normativo del subappalto integrale delle opere rientranti nelle SIOS da parte dell'affidatario qualificato nella categoria prevalente (per una classifica che copre il valore dell'intero appalto), rimane da valutare la fondatezza di quanto eccepito dalla stazione appaltante circa la necessità che, in tale caso, la qualificazione nella categoria prevalente sia posseduta in proprio dal concorrente, ovvero che non possa essere oggetto di avvalimento. Come premesso l'indagine va svolta applicando canoni ermeneutici in linea con la matrice UE propria dell'istituto dell'avvalimento, evitando di introdurre vincoli e limiti ulteriori e diversi rispetto alla disciplina eurounitaria, che si limita a prevedere che la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di «*esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente stesso*» (art. 63, comma 2, dir. 2014/24). Come già evidenziato, la previsione dell'art 89 d.lgs. n. 50/2016, che esclude l'avvalimento qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali (SIOS), in coerenza con la disciplina eurounitaria, va interpretata restrittivamente, nel senso che l'avvalimento non è ammesso limitatamente alla dimostrazione dei requisiti di partecipazione riferiti a dette opere, e non all'intero appalto (Cfr., Atto di segnalazione, cit.). Si tratta di capire se ciò valga anche quando il resto delle prestazioni oggetto dell'appalto sia costituito, come nel caso in esame, da opere individuate nella *lex specialis* di gara come prevalenti, sulla cui qualificazione poggia, ai sensi dell'art. 12, comma 2, d.l. n. 47/2014, il subappalto delle SIOS;

Ritenuto che, a fronte della generale possibilità per gli operatori di fare ricorso all'avvalimento, limitabile dal legislatore nazionale, secondo la Corte di Giustizia, solo in presenza di motivate condizioni eccezionali, attribuire all'espressione "*possesso della qualificazione per la categoria prevalente*" (utilizzata nel comma 2 dell'art. 12, d.l. n. 47/2014) il significato di "necessità di possesso in proprio dell'attestazione SOA" rappresenterebbe una forzatura del sistema, perché si tradurrebbe nell'introduzione di un limite aprioristico e generalizzato, potenzialmente riguardante anche opere generali prive di alcuna caratteristica di particolare complessità tecnica. Anche l'applicazione di criteri ermeneutici basati sull'analisi della lettera della norma nella prospettiva della ricostruzione della volontà storica del legislatore porta ad escludere una simile conclusione, poiché appare chiaro che, individuando l'offerente come il soggetto "*in possesso della (sola) qualificazione della prevalente*", il legislatore ha fatto ricorso ad una locuzione per individuare il soggetto destinatario della disposizione idonea a distinguerlo dall'operatore economico in possesso anche della qualificazione della categoria specialistica, ma non ha inteso affermare il principio del necessario possesso "in proprio" dell'attestazione nella categoria prevalente. D'altra parte, con il riconoscimento della possibilità di ricorrere all'avvalimento per supplire alla mancanza di attestazione SOA (da ultimo cfr. la richiamata Plenaria n. 22/2020), si è superato l'iniziale concezione personalistica dell'attestato di qualificazione e, se è vero, come sostiene la stazione appaltante, che l'avvalimento non determina la qualificazione dell'impresa ausiliata, è anche vero che, rispetto alla singola gara, esso, se correttamente eseguito, dota temporaneamente l'ausiliato dei mezzi, beni e competenze professionali alla base dell'attestazione SOA, munendolo dei requisiti richiesti per l'esecuzione, come se fosse qualificato;

Ritenuto, alla luce di quanto considerato, che il provvedimento di esclusione dell'istante, come motivato dalla mancanza del possesso in proprio di nessuna delle attestazioni SOA richieste dal bando, non è conforme alla disciplina di settore, poiché la vigente normativa in materia di lavori pubblici non osta alla possibilità di fare



ricorso all'avvalimento dell'attestazione SOA nella categoria prevalente anche in caso di subappalto delle opere SIOS;

Considerato che, fermo restando quanto sopra, la stazione appaltante deve spostare la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione dell'operatore economico sul piano della valutazione della validità del contratto di avvalimento posto in essere;

Considerato al riguardo che, per evitare che l'avvalimento dell'attestazione SOA si traduca in un mezzo per eludere il rigoroso sistema di qualificazione nel settore dei lavori pubblici, secondo l'unanime orientamento della giurisprudenza, esso è consentito ad una duplice condizione «a) che oggetto della messa a disposizione sia l'intero setting di elementi e requisiti che hanno consentito all'impresa ausiliaria di ottenere il rilascio dell'attestazione SOA; b) che il contratto di avvalimento dia conto, in modo puntuale, del complesso dei requisiti oggetto di avvalimento, senza impiegare formule generiche o di mero stile» (Adunanza Plenaria n. 22/2020). La posizione della giurisprudenza trae origine dall'art.89, comma 1, del d.lgs. 50/2016, secondo cui "il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria". È stato, in particolare, affermato che, quando oggetto dell'avvalimento sia un'attestazione SOA di cui il concorrente sia privo, occorre, ai fini dell'idoneità del contratto, che l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente considerata, le ha consentito di acquisire l'attestazione da mettere a disposizione (Consiglio di Stato, V, n. 2316/2017; Id., sez. V, n. 2226/2017), sicché è onere del concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto e, nel caso di specie, l'attestazione SOA, quale mero requisito astratto e valore cartolare, ma assume la specifica obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità. Più specificamente, la giurisprudenza ritiene che, affinché si possa ritenere effettivamente acquisito il requisito mancante dell'attestazione SOA, occorre che il contratto di avvalimento, pur non dovendo spingersi necessariamente sino alla rigida quantificazione dei mezzi d'opera, all'esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione o alla indicazione numerica dello stesso personale, debba tuttavia almeno consentire "l'individuazione delle esatte funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all'impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione" (Consiglio di Stato, IV, n. 3682/2017); deve cioè prevedere, da un lato, la messa a disposizione di personale qualificato, specificando se ciò avvenga per la diretta esecuzione del servizio o per la formazione del personale dipendente dell'impresa ausiliata, dall'altro i criteri per la quantificazione delle risorse e/o dei mezzi forniti (cfr. Consiglio di Stato, III, 30 giugno 2021, n. 4935/2021; V, n. 169/2022). L'avvalimento avente ad oggetto l'attestazione SOA, per non risolversi nel prestito di un valore astratto, deve cioè realizzare l'effettiva integrazione dei complessi aziendali dell'avvalente e dell'ausiliaria, diversamente il contratto di avvalimento si risolverebbe in una scatola vuota, ossia in un trasferimento documentale cui non corrisponde alcun reale intervento dell'ausiliaria nell'esecuzione dell'appalto e, in definitiva, nell'affidamento dell'opera a un concorrente che si è dichiarato incapace di eseguirla nella sua interezza e che solo "formalmente" si è avvalso dell'attestazione richiesta (TAR Sicilia, Catania, I, n. 1364/2022);

Considerato, ulteriormente che, nel caso di analitica e specifica indicazione nel contratto di avvalimento delle risorse messe a disposizione, la stazione appaltante deve altresì valutarne, seguendo un approccio sostanzialistico, la congruità e la sufficienza ai fini dell'esecuzione del contratto (Parere di precontenzioso n. 14 del 7 gennaio 2021);



Ritenuto che i riferiti giudizi sulla validità del contratto di avvalimento sotto il profilo della completezza dell'oggetto, nonché sulla congruità e sufficienza delle risorse e dei mezzi messi a disposizione, sono rimessi al Comune di San Severo nell'esercizio delle sue funzioni di stazione appaltante,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono, che

- la vigente normativa in materia di lavori pubblici non osta alla possibilità di fare ricorso all'avvalimento dell'attestazione SOA nella categoria prevalente anche in caso di subappalto delle opere SIOS ai sensi dell'art. 2, comma 2, d.l. n. 47/2014;
- l'esclusione dell'operatore economico istante motivata dalla mancanza del possesso in proprio delle attestazioni SOA richieste dal bando non è conforme alla disciplina di settore;
- ai fini della verifica del possesso dei requisiti di partecipazione dell'operatore economico istante, la stazione appaltante deve valutare la validità del contratto di avvalimento alla luce dei parametri sopra indicati, nonché, in caso di esito positivo, sul piano sostanziale la congruità e la sufficienza delle risorse e dei mezzi messi a disposizione ai fini dell'esecuzione del contratto.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 settembre 2022

Per il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente